

**CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL
“ANALISIS DEL MARCO JURIDICO PARA LA PAZ”**

JUAN MANUEL SOTO MARÍN

TUTOR: OSCAR AGUDELO

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA MILITAR**

2016



CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL

“ANALISIS DEL MARCO JURIDICO PARA LA PAZ”

Juan Manuel Soto Marín¹

RESUMEN

El Marco Jurídico para la paz surge como una manifestación del fenómeno jurídico conocido como “la Constitucionalización del Derecho” la cual reviste de gran trascendencia en el contexto nacional actual, pues ante el entusiasmo de unos y el escepticismo de otros, la academia ha de mostrar posturas realistas, que permitan tener una visión y lecturas claras de lo que se avecina para el futuro de la Nación.

Partiendo de concepciones de derecho antagónicas, el derecho penal clásico y a su vez, el derecho constitucional, lograron sincretizarse en uno solo, el derecho penal constitucionalizado, donde a través del método analítico descriptivo, se pretende describir instituciones del derecho en referencia, evidenciando así el carácter especialísimo que ostenta una figura jurídica tan novedosa y controvertida como lo es el “Marco Jurídico para la Paz”.

ABSTRACT

The Legal Framework for Peace emerges as a manifestation of the legal phenomenon known as " the Constitutionalisation of law " which is of great significance in the current national context as to the enthusiasm of some and the skepticism of others, the academy has to show

¹Abogado egresado de la Universidad de Manizales. Estudiante de la Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar.

realistic positions that allow you to have a clear vision and readings of what lies ahead for the future of the Nation.

The Legal Framework for Peace emerges as a manifestation of the legal phenomenon Known as "the Constitutionalisation of law" Which is of great significance in the current national context as to the enthusiasm of some and the skepticism of others, the academy has to show realistic positions That allow you to Have a clear vision and readings of what lies ahead for the future of the Nation.

PALABRAS CLAVES

Constitucionalismo, Marco Jurídico para la Paz.

KEY WORDS

Constitutionalism, Legal Framework for Peace.

Introducción

EL IUS PUNIENDI del Estado, ha caracterizado por años a los Estados de Derecho, quienes sustentan el poder legítimo sancionatorio a través de la pretendida imposición de orden público, la cual se orienta a cumplir los fines que todo hombre pretende alcanzar dentro de una sociedad humana, seguridad, satisfacción de necesidades básicas, justicias etc.; no obstante, con la aparición del constitucionalismo en el estado y la transformación de casi todos los estados del mundo a una estructura de Estado Social y de Derecho, obligó a las disciplinas jurídicas a avanzar evolutivamente.

Hoy, el derecho en conjunto está sometido al imperio de un documento que tuvo origen antecedente cerca de los años 1215, como una carta política, una mera concesión formal de derechos a los ciudadanos y que hoy goza en el orbe de una connotación jurídica vinculante,

según el alcance que da cada órgano social. Para el caso colombiano, revestido de particularidades, la carta política originaria en 1991, emanada de la asamblea nacional constituyente, se posa como la norma de normas, es decir, la constitución es el derrotero que deben obedecer las leyes y demás normas jurídicas de infra nivel.

La concepción descrita, obligó al derecho a reestructurar sus principios y limitar sus alcances con el fin de ajustarse a la constitución, así lo hizo el derecho civil que limita la autonomía de las partes y elimina normas sexistas de su contenido fundamental, muy a pesar de los cambios hechos en el derecho penal para ajustarse a la constitución, como lo son la restricción del *Ius Puniendi*, dando alcance a la límite constitucional del mismo a través de la implantación de los principios de *razonabilidad, proporcionalidad y necesidad*, no parece suficiente ante el fenómeno de transición de la guerra ,a la paz.

En el contexto actual, Colombia ad portas del pos conflicto con la guerrilla más antigua del continente, ha creado un marco jurídico que esgrimirá un *ius puniendi* más flexible aun, y que riñe con algunos principios del derecho, ello revela la importancia del análisis a este tópico y su consecuente concepción como fenómeno jurídico *sui generis* en Colombia, cabe igualmente preguntarse ¿el marco jurídico para la paz es una evidencia del fenómeno de constitucionalización del Derecho?

Por tanto, el análisis que se presenta, pretende esbozar el marco jurídico para la paz, bajo el contexto teórico del fenómeno jurídico de Constitucionalización del Derecho Penal, buscando determinar si las características de aquel fenómeno se presentan en el contenido normativo del referido Marco Jurídico.

El sistema penal Colombiano se compone de las normas sustantivas: Ley 599 de 2000 y Ley 1098 de 2006 respectivamente, en primer lugar, el Código Penal Colombiano que estructura la Dogmática en el Contexto Nacional, y seguidamente, el Código de Infancia y Adolescencia que contiene las normas especiales y diferenciadas mediante las cuales se somete a los Menores Infractores al Sistema de Responsabilidad Penal.

A su turno, las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 consagraron el sistema INQUISITIVO y el Sistema MIXTO en Colombia respectivamente, para la judicialización de los infractores de la Ley Penal. Todo esto diseñado “para juzgar a personas comunes en situaciones normales”(Radio, 2015), es allí donde radica la importancia del análisis propuesto, pues el marco jurídico para la paz es un instrumento de “justicia transicional” creado para juzgar a sujetos determinados en situaciones de transitoriedad en búsqueda de la terminación de un conflicto armado(Colombia Presidencia de la Republica Acto Legislativo 01, 2012).

En este orden de ideas, el proyecto en mención, contiene un primer capítulo donde se exponen referentes bibliográficos acerca de la Constitucionalización del derecho, un segundo capítulo que expone la Constitucionalización del derecho penal colombiano, estos permitirán identificar las características del fenómeno jurídico. En el tercer capítulo se analizan brevemente los contenidos dogmáticos que caracterizan el derecho Penal, con este se hará posible construir un cuadro comparativo entre el sistema de responsabilidad penal ordinario y el sistema de justicia transicional. El cuarto capítulo contiene la discusión sobre el marco jurídico para la paz como un ejemplo de Constitucionalización del Derecho Penal.

El método que se desarrolla en este artículo es el método descriptivo analítico, mediante este se pretende comprender cómo, dentro de un Estado de Derecho, es posible construir normas

específicas que contrarían los principios de *Generalidad e Impersonalidad* de la Ley, todo ello bajo el manto de figuras legales o Principios de rango Constitucional como la *Supremacía de la Constitución*, que se perfecciona como teoría del Derecho en el Fenómeno Mundial de Constitucionalización del Derecho.

Capítulo 1. Constitucionalización del derecho

La constitucionalización del derecho es el fenómeno a través del cual determinado ordenamiento jurídico de un país, interpreta y aplica las leyes de acuerdo al texto constitucional, es decir que a la norma fundamental a la que el ordenamiento legal y por lo tanto el derecho mismo a la cual debe ajustarse, es a la Constitución (Rodríguez, 2000, pág. 100).

Esencialmente el estudio de la constitucionalización del derecho nos remite a Europa, pues las fuentes más mediatas sobre el tema del neo constitucionalismo (denominación realizada por algunos tratadistas), se desarrollaron en ese contexto; es en el viejo continente además, donde hicieron de las normas constitucionales, pautas de obligatoria observancia para los operadores judiciales y todo el conglomerado social.

En otras palabras, establecer de manera categórica el respeto por las disposiciones normativas contempladas en las constituciones, como el compendio que integra todos los derechos, deberes, y prohibiciones a las cuales se deben de sujetar los individuos en el marco de una sana y pacífica convivencia.

Entre las principales fuentes encontramos: En primer lugar, la ley fundamental de Bonn de 1949 y el surgimiento del Tribunal Constitucional federal de Alemania en 1951; en segundo lugar, la Constitución Política de 1947 en Italia y la creación de la Corte Constitucional en 1956;

en tercer lugar, la creación de la corte constitucional en Portugal en 1982; en cuarto lugar, el Tribunal Constitucional español del año 1978 y en quinto lugar, la Constitución Política de Bélgica en el año 1984. Es decir que para considerar la constitución el eje central de interpretación hubo un proceso histórico a partir del siglo XX, pues el tema se convirtió en un asunto de interés universal respecto del cual, este estudio minucioso que parte de la doctrina, y se acoge en las altas cortes a través del precedente jurisprudencial, ha dotado a las Constituciones de fuerza imperativa, obligatoria y sobre todo de plena eficacia, respecto de las demás leyes, decretos, acuerdos, ordenanzas, etc. (BARROSO, 2012, pág. 26);

No obstante, este desarrollo histórico que cambió la mentalidad respecto del cual el ordenamiento jurídico giraba en torno al acatamiento ciego de la ley, se enmarca principalmente en tres transformaciones (Flórez, La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia, 2009)

1. El reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución.(Corte Constitucional colombiana Sentencia C-037 MP VLADIMIRO NARANJO MESA, 2000)
2. La creación de una jurisdicción constitucional, en este caso, respecto a Colombia, la creación de la Corte Constitucional, que se considera como una de las instituciones más trascendentales de la Constitución de 1991, ya que fija el sentido y en algunas ocasiones revoca decisiones de otras cortes (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia) que no encuentran ajustadas al texto constitucional y al Estado Social de Derecho, es decir se considera el órgano de cierre en materia constitucional. (Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-151 MP NILSON PINILLA PINILLA., 2010)
3. El proceso a través del cual se ha adoptado una nueva dogmática de Interpretación Constitucional,

Pero ¿por qué hablar de constitucionalización en Colombia?

Porque la constitucionalización del derecho es una realidad incuestionable en aquellos países donde el texto constitucional es un documento eminentemente jurídico que tiene fuerza vinculante, escenario no ajeno a nuestro país, pues se ve encuadrado en el artículo 4^a de la Constitución Política de 1991, el cual reza: *“la constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*, permitiendo colegir que la totalidad de preceptos de carácter jurídico deben ser interpretados de manera tal que su sentido se ajuste a las disposiciones constitucionales (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-273 MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, 1999).

Adicionalmente (Flórez, La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia, 2009), redondea de forma introductoria el fenómeno jurídico de la constitucionalización en Colombia, de la siguiente forma:

Podemos afirmar que en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 y en especial con el papel preponderante de nuestra Corte Constitucional, la observancia de la primacía de la Carta Política se ha extendido a todas las ramas de las ciencias jurídicas y de contera obliga a los operadores judiciales a observar en sus providencias el precedente constitucional; es decir, hoy no sólo basta la aplicación de la ley como tal, sino que es necesario que además se acaten los principios y reglas constitucionales. (p.1)

En tal virtud, la “constitucionalización” en Colombia se extiende a todas las ramas del derecho a partir de la Constitución Política de 1991, pues las demás normas independientemente de su jerarquía en el ordenamiento jurídico están sujetas a toda la

Constitución, quedándole vedado transgredir los mandatos contenidos en su articulado, las bases sobre la cual se soporta y la finalidad que persigue; es decir se impone un respeto integral ante: los principios que inspiraron al constituyente para declarar a Colombia un Estado social de Derecho, los mecanismos de participación para asegurar e incentivar la movilización de la población colombiana especialmente la acción de tutela, así como un catálogo de los valores y derechos, entre éstos, derechos fundamentales o de primera generación; derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación; y derechos colectivos y del medio ambiente o de tercera generación. (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-479 MP JOSE G HERNANDEZ Y ALEJANDRO M CABALLERO, 1992)

Para concluir el primer capítulo que se pretende desarrollar esto es, la constitucionalización del derecho, se destacan cinco ejes fundamentales a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991:

- Se le otorgó a la Corte Constitucional el protagonismo de la constitucionalización del derecho, siendo de gran trascendencia dentro de un marco jurídico, democrático y participativo perseguido al promulgar la carta magna.
- Se ha proscrito el prototipo de Interpretación que tenía como eje central la Ley, que da lugar a la Interpretación a partir de la Constitución.
- El cambio de una Interpretación con observancia estricta a la Ley a una Interpretación constitucional, impone que la mente de abogados y juristas este abierta a las nuevas percepciones que surgen del desarrollo normativo y constitucional en el mundo.
- La Interpretación Constitucional atribuye el principio de constitucionalidad, incluido el bloque de constitucionalidad desarrollado en el artículo 93 de la carta magna.

- Del fenómeno de constitucionalización del derecho en Colombia se deriva que las normas constitucionales se han transformado progresivamente con fundamento en cada una de las ramas del ordenamiento jurídico, reflejada en la aplicación “benéfica” de los principios constitucionales en cada caso concreto, es decir a través de lo que hoy en día se considera verdaderas normas jurídicas.

Capítulo 2. Constitucionalización del derecho penal colombiano

En este capítulo, se sistematiza y analiza información respecto al derecho penal colombiano, como especie del derecho inmersa en la constitucionalización, exponiendo brevemente su evolución histórica, principales problemáticas, modificaciones y cambios relevantes en la esfera de su aplicabilidad a raíz del proceso de constitucionalización.

En primer momento, se presenta un contexto un tanto histórico de evolución del derecho penal en el sistema latinoamericano, para lograr encuadrar en las problemáticas de exceso en la legislación penal concebidas como fundamento a establecer actualmente la necesidad de la constitucionalización del derecho penal, así pues menciona el ilustre abogado Argentino (Zaffaroni, 2009) que:

La codificación penal de América Latina presenta un mosaico de elementos ideológicos provenientes de Europa, que algunas veces son casi supervivencias, lo que da la sensación de un conjunto poco ordenado de dinosaurios vivos y computadoras, que resulta de la importación de textos –a veces parciales– de los códigos de modelos continentales europeos. La particularidad del fenómeno latinoamericano fue que esos modelos casi siempre se importaron, en ocasiones sin comprender su ideología, casi nunca tomando en cuenta la realidad local y, a veces, combinando soluciones de diferentes modelos en forma

poco coherente. Aun menos frecuentes fueron las veces que se aportaron soluciones propias y, cuando se lo hizo, por regla no fueron muy atinadas, quedando algunas en el nivel de las curiosidades. En general, la falta de comprensión de la ideología de los modelos adoptados, proviene en que los mismos fueron casi siempre decididos por técnicos que disputaban espacios dentro de sus corporaciones, particularmente a partir de mediados del siglo pasado, es decir, superada la etapa de los códigos pioneros. A ello debe agregarse que estos técnicos no sólo procuraban prestigio en sus corporaciones, que siempre fueron bastante débiles, sino que protagonizaban un marcado e intenso intercambio de personalidades entre la corporación judicial y la política, por lo cual el protagonismo codificador fue también una vía de ascenso en la carrera política. El extraordinario éxito continental de los modelos españoles de 1848, 1850 y 1870, por ejemplo, no obedeció a ninguna identificación ideológica con éstos, sino a que esos textos fueron comentados por muchos autores ilustres y eso facilitaba su interpretación judicial. Las combinaciones arbitrarias de soluciones fuera de contexto y las curiosidades, suelen ser resultado de las disputas del poder corporativo, de protagonismo político, de eventuales interferencias políticas coyunturales en ámbito legislativo, algunas por mero antojo, como de afanes de notoriedad o de pragmatismo y de urgencia.(p.14)

Seguidamente el autor hace un recorrido por la instauración de formas de gobierno republicanos, en las cuales se adoptaban constituciones de corte liberal que proclaman derechos políticos de gran importancia histórica que a pesar de ello solo quedaban plasmadas en el texto sin forma coactiva o de efectiva realidad aplicativa, y finalmente realiza el siguiente compendio de riegos a los cuales se somete la actual y creciente producción legislativa en materia de derecho penal:

- a) La legislación penal tiende a descodificarse: [...] el ideal moderno de código parece ignorado por los legisladores posmodernos.
- b) [...] se observan directivas transnacionales temporalmente prolongadas, que imponen prácticamente a todos los países legislaciones penales especiales diferenciadas de la legislación penal ordinaria: [...] Las presiones provocan en algunos países legislaciones aberrantes que violan todas las garantías de cualquier Derecho Penal civilizado: [...] Resucitan de este modo las viejas instituciones inquisitoriales y se legitiman por su pretendida practicidad.
- c) El modelo económico globalizador produce desocupación y, por ende, expulsión del aparato productivo y exclusión social, lo que genera un aumento de la conflictividad social, la reiteración casi permanente de las campañas de ley, orden y el impulso para que operadores políticos, impotentes para producir cambios significativos (reducidos a una función política gerencial), respondan con una ideología de seguridad ciudadana que se traduce en leyes represivas que no sólo alteran toda racionalidad en las escalas penales, sino que son de imposible cumplimiento [...]
- d) La sociedad de comunicación tiene el mérito de poner en descubierto situaciones que permanecían normalizadas, como abusos sexuales a niños y mujeres, explotación de situaciones de superioridad laboral o funcional, etc. La respuesta de los operadores políticos para normalizar estas situaciones sin resolver el problema, son leyes penales que crean tipos insólitos [...].
- e) Los estados se encuentran frente a una notoria disminución de su capacidad recaudadora, por efecto de un sistema fiscal basado en el consumo y que, por ende, hace recaer la mayor incidencia impositiva sobre los sectores más desfavorecidos [...].

f) Por último, parece haber cundido una técnica legislativa según la cual es aconsejable que en casi todas las leyes no penales se incorpore algún tipo penal y, por ende, aparecen tipos penales en leyes totalmente alejadas de la materia, redactados descuidadamente, por asesores y técnicos preocupados en otras incumbencias jurídicas. [...]. (P.15-16)

Seguidamente se ahonda en la introducción de la constitucionalización del derecho penal para menguar el anterior riesgo esquematizados por el autor Zaffaroni que si bien pueden ser expuestos en distintas formas, conceptualismos y elementos, tiene siempre los mismos elementos nodales, al respecto menciona la (Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-038 MP Alejandro Martínez Caballero, 1995):

“Ha habido una Constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance.

Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius puniendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas.

Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todo el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de

Constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente.”

Seguidamente a manera de ejemplo se citan algunos cambios conceptuales y de interpretación que introduce el derecho penal constitucionalizado:

1. El principio de legalidad de la privación de la libertad y su materialización tratándose de medidas de aseguramiento privativas de ese derecho constitucional. sentencia (C-366, 2014)
2. DOMICILIO-Definición constitucional excede la noción civilista. sentencia (C-366, 2014)
3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PRUEBA-Aplicación en el sistema penal acusatorio
4. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD DE LA PRUEBA-Aplicación en el sistema penal acusatorio
5. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN DE LA PRUEBA-Aplicación en el sistema penal acusatorio.
6. PRINCIPIO NO REFORMATIO IN PEJUS-Alcance dado por la jurisprudencia constitucional

Entre innumerables principios consagrados en el código penal y en el código de procedimiento penal. Que de igual forma la corte constitucional ha definido sus alcances interpretativos y por ende de aplicación.

Las características de este derecho procesal penal actual en armonía con la constitución política de 1991, son propias de un Derecho constitucionalizado.

El nuevo sistema procesal penal es perfectamente armónico con la Constitución de 1991, pues ella reconocen derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, que deben ser respetados a todas las personas, en todo momento, así como las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial, a fin de impedir el desconocimiento de los mencionados derechos.

Las menciones generales sobre el nuevo sistema procesal penal, citadas anteriormente, permiten advertir que se trata de un nuevo modelo que presenta características fundamentales especiales y propias, que no permiten adscribirlo o asimilarlo, *prima facie*, a otros sistemas acusatorios como el americano o el continental europeo.

1. Se diseñó desde la Constitución un sistema procesal penal con tendencia acusatoria, desarrollado por la Ley 906 de 2004, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, teniendo presentes los derechos de las víctimas.

2. Se estructuró un nuevo modelo de tal manera, que toda afectación de los derechos fundamentales del investigado por la actividad de la Fiscalía, queda decidida en sede jurisdiccional, pues un funcionario judicial debe autorizarla o convalidarla en el marco de las garantías constitucionales, guardándose el equilibrio entre la eficacia del procedimiento y los derechos del implicado mediante la ponderación de intereses, a fin de lograr la mínima afectación de derechos fundamentales.

3. El nuevo diseño no corresponde a un típico proceso adversarial entre dos partes procesales que se reputa se encuentran en igualdad de condiciones; por un lado, un ente acusador, quien pretende demostrar en juicio la solidez probatoria de unos cargos criminales, y por el otro, un acusado, quien busca demostrar su inocencia. En desarrollo de la investigación las partes no tienen las mismas potestades, y la misión que corresponde desempeñar al juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

4. Con todo, en el curso del proceso penal, la garantía judicial de los derechos fundamentales, se adelantará sin perjuicio de las competencias constitucionales de los jueces de acción de tutela y de habeas corpus.

Respecto a las modificaciones al derecho penal colombiano, puede decirse que estas se realizaron de forma inductiva, pues para poder dar concreción y armonización de un derecho penal constitucionalizado, la constitución debería, por una parte, irradiar todos los principios y preceptos y por otra, modificar aquellos principios que regían en virtud de un esquema procedimental inquisitivo. Así pues menciona la corte constitucional en sentencia (M.P Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, 2005)

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2002 se introdujeron ciertas modificaciones al texto de la Carta Política de 1991, con el propósito de diseñar un nuevo modelo de proceso penal

basado en (i) la aplicación del principio “nemo iudex sine actore”; (ii) se mantuvo el carácter judicial del órgano de investigación y acusación; (iii) se creó la figura del juez de control de garantías; (iv) se consagró el principio de oportunidad y (v) se dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior. Cabe asimismo señalar que el Acto Legislativo 03 de 2002 introdujo únicamente cambios en ciertos artículos de la parte orgánica de la Constitución, mas no en la dogmática. De allí la necesidad de interpretar tales modificaciones a la luz de determinadas disposiciones constitucionales, en especial, los artículos 6, 15, 28, 29, 30, 31 y 32, e igualmente, por la vía del artículo 93 de la Carta Política, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que prohíben su limitación en estados de excepción. Aunado a lo anterior, en temas vinculados con la administración de justicia penal, tales como los mecanismos alternativos de solución de controversias, la jurisdicción indígena o los juicios adelantados ante la Corte Suprema de Justicia, el Acto Legislativo 03 de 2002 no introdujo cambio alguno.

Capítulo 3. El derecho penal colombiano

Dogmática

El derecho penal es el marco jurídico que define determinadas conductas como infracciones (delitos), estableciendo para aquella conducta una Sanción consecuente, persiguiendo la Prevención general, la retribución justa, la prevención especial, la reinserción social, y la protección al condenado, atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (Colombia Congreso de la República, 2000).

En su concepción subjetiva, es posible identificar al derecho penal por su característica Punitiva o *ius puniendi* que no es otra cosa que “derecho o facultad del Estado para castigar. El *ius puniendi* sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena”(Betancourt, 2007, pág. 65).

En este sentido, el Derecho penal es potestativo del Estado, esta característica es la que en la actualidad desata las controversias académicas, pues si el Estado Conserva tal Potestad, puede por lo tanto renunciar a la persecución de los delitos, como dedicar su maquinaria a investigarlos, pudiendo resultar contraproducente tal facultad para el mantenimiento del Orden Justo, solo imaginemos al Estado renunciando a la persecución de un asesino en serie por cualquier motivo, para enfilar sus capacidades instrumentales a perseguir a un opositor político.

La doctrina nos enseña que el *ius puniendi* tiene una serie de límites formales y materiales, los primeros son el Principio de legalidad y el de Seguridad Jurídica, los segundos son el principio de Intervención Mínima, el de Subsidiariedad y carácter fragmentario, La exclusiva protección de bienes jurídicos. Ellos, por si solos no evaden el planteamiento ejemplificado anteriormente, es solo a través de la manifestación principialística del Estado Social de Derecho que se logra la humanización de las penas, culpabilidad, proporcionalidad y resocialización; y se evita que el Estado use esta Facultad de forma arbitraria(Universidad de Cádiz).

En el contexto del Derecho penal colombiano esta discusión, al menos en la teoría, se sortea mediante la garantía de la principialística, la cual funge como base del Sistema Punitivo.

Características

Las características de un “algo” son aquellos elementos que “dan carácter o sirven para distinguir a alguien o algo de sus semejantes”(Real Academia de la Lengua Española), es así

como en el Derecho, las disciplinas consagran principios en los que basan su estructura dogmática, son estas las que caracterizan una disciplina respecto de otra.

Al respeto enumeraremos las características propias de los principios rectores de nuestro sistema penal colombiano.(Gómez, 2009) Los expone de la siguiente forma:

Las características centrales que le otorgan una fisonomía propia a estos preceptos axiológico-normativos, vendrían a constituirlo el hecho de que:

a) Son Principios de Derecho Penal, que tanto sustancial como adjetivamente, han sido positivizados, es decir, están consagrados en disposiciones normativas inmersas tanto en el Código Penal, como en el Procesal Penal. Así pues, los encontramos en el Libro Primero: Parte General, Título I, entre los Artículos 1 al 13 de la Ley 599 de Julio 24 de 2000; en la Ley 600 de esta misma fecha, en un acápite denominado “Título Preliminar”, desarrollado desde los artículos 1 al 24 respectivamente; y recientemente, en la Ley 906 de 2004 –Nuevo Código de Procedimiento Penal– dentro del acápite denominado: “Principios Rectores y Garantías Procesales”, entre los artículos 1 y 27.

b) Son parámetros de orden meta-jurídico, pues guían al legislador en el proceso de elaboración normativa, logrando así que el desarrollo de las leyes no sean más que el desarrollo de aquellas. Por tanto, siendo de rango superior con fuerza constitucional, se encuentra que sean “pauta de Interpretación de la Legislación Penal, que permiten estar acordes con los postulados de la dignidad humana, protección de bienes jurídicos y de mínima intervención del Derecho Penal”.

c) Son de Imperativo Cumplimiento, con lo cual se quiere significar que, “ninguna autoridad puede dejar de aplicarlos ni desconocerlos en la conminación, en la

determinación y ejecución del sistema penal, como momentos categoriales del ius puniendi”.

d) Poseen una Fuerza dual que actúa tanto negativa como positivamente; primero, porque todo precepto o normas que la contradigan no tienen validez. Y segundo, pues constituyen los postulados fundamentales de la política estatal en lo relativo a lo criminal.

e) Constituyen el Derecho Penal Fundamental en Colombia, pues ellas son el reflejo de la concepción ideológica y política que determinan la razón de ser y funcionamiento del sistema penal, toda vez que la definición de un hecho o una conducta catalogada como criminal, se plasma en normas penales, y éstas son el reflejo de ellas; su validez proviene entonces de la política criminal y no de sí misma.

Capítulo 4. Constitucionalización del marco jurídico para la paz

Establecidos ya los conceptos de constitucionalización y derecho penal conjuntamente, seguidos de los principios rectores del sistema punitivo que son acogidos de preceptos constitucionales a los que igualmente son adicionados transitoriamente los artículos 66 y 67 por el acto legislativo 01 de 2012 y que son acogidos en el diseño de la JEP² plantada tal como lo hicieron en la (Mesa de negociaciones Gobierno- FAERC-EP, 2015) por medio del comunicado #60 y en el que se logra apreciar el fenómeno de la constitucionalización de forma marcada, así, se concluye de las siguientes razones:

² Justicia Especial para la Paz

1. La ley marco para la paz y en concesión la JEP surgen en virtud de unos fines constitucionales, los cuales son: la dignidad humana, los derechos de las víctimas a la justicia, verdad, reparación y no repetición³, la seguridad social, la paz⁴, la tranquilidad ciudadana, la reincorporación social, el bienestar ciudadano. entre múltiples fines del estado social de derecho. (ART.2 C.N) eso significa que es armonizada y creada a la luz de preceptos constitucionales.

2. Respecto al principio de proporcionalidad de las penas, ello a la postura ideológica dogmática este principio tal como lo estudio Beccaria debe ser analizado en conexidad con el fin de la pena. Así pues se debe tener en cuenta la diferencia entre las sanciones en un estado social de derecho y la concepción de castigo en sistemas punitivos inquisitivos.

3. En relación con lo anterior, en sentido afirmativo sí se establecerán sanciones penales para determinados delitos de gravedad, en algunos casos será procedente la amnistía y el indulto ,pero no serán susceptibles de este beneficio los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como

³ Tratados vinculantes para Colombia que salvaguardan los derechos de las víctimas Los tratados de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario no reconocen específicamente los derechos a la paz, justicia y reparación, pero si hacen relación a lo siguiente: 1. Debe existir un RECURSO EFECTIVO. 2. Debe el ESTADO garantizar el derecho al ACCESO A LA JUSTICIA 3. Debe el ESTADO investigar las graves violaciones al DIH y al DIDH. 4. Es obligación de los ESTADOS COOPERAR para la PREVENCIÓN Y SANCIÓN de los delitos internacionales y graves violaciones a los DERECHOS HUMANOS.(C – 370, 2006)

⁴ La paz puede ser considerada como uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional. Así se evidencia en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en varias de las disposiciones de la misma Carta, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el Preámbulo y en la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos. También en el contexto americano, tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmados en 1966, la paz aparece como el fin al que se orienta el reconocimiento de los derechos allí mencionados. Por su parte, la Constitución Política en su Preámbulo enuncia también que el pueblo de Colombia “en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer...la paz...” decreta, sanciona y promulga la Constitución. De esta manera, la paz en el orden interno constitucional ocupa también la posición de valor fundamental, como bien lo ha resaltado la Corte Constitucional de esta manera: “En primer lugar, la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución.(C – 370, 2006)

la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual. ello en concordancia con la LEY 742 DE 2002* (junio 5) Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

4. Al igual que como lo mencionó la corte constitucional en el análisis Ley 975 de 2005, el sistema transicional no infringe la reserva de ley estatutaria en materia de administración de justicia pues no contiene disposiciones que (i) afectan la estructura general de la administración de justicia, (ii) establezcan o garanticen la efectividad de los principios generales sobre el tema, o (iii) desarrollan aspectos sustanciales de esta rama judicial del poder público.(C-319, 2006).

5. Finalmente menciona(Zuluaga, 2014) como observación a la sentencia c-576 de 2013 que realiza el control de constitucionalidad que esta parece confundir el sustento de justicia que justifica su creación con los mecanismos propiamente dichos (justicia penal, histórica, reparadora, administrativa y “otras medidas”). La Corte no deja en claro si a lo que se hace referencia es a las necesidades de justicia, frente a las que se busca dar respuesta con estos mecanismos, o a los instrumentos específicos a través de los cuales se expresa la JT⁵. Ello fue un argumento muy controvertido y citado en distintos momentos cuando se presentaba el análisis de la sentencia, situación que vemos aclarada en lecturas adicionales y en la concreción del comunicado #60.

Es pertinente reiterar una vez más la tesis según la cual los procesos transicionales en general, y en especial aquéllos que tengan lugar en Colombia, deben enmarcarse dentro de un modelo de

⁵Justicia Transicional.

Justicia Transicional fundado en perdones "responsabilizantes" De acuerdo con este modelo, la concesión de perdones a los responsables de crímenes atroces debe tener un carácter excepcional e individualizado, y debe estar siempre *regida por el principio de proporcionalidad*. Lo anterior significa que el perdón de estos crímenes procede exclusivamente cuando se muestra como el único medio existente para alcanzar los logros de la paz y la reconciliación nacional, y cuando es proporcional a la gravedad de los crímenes, al nivel de mando del victimario y a las contribuciones que éste haga a la justicia. (Uprimny y Lasso, 2004)

De esta forma, se aspira a lograr unos mínimos de paz, al interior de un ordenamiento jurídico que basa sus reglas de convivencia en el respeto por el otro, donde terminan unos derechos, empiezan los de los demás, por tanto, en la medida en que se ponderen los hechos victimizantes con las responsabilidades de tipo penal, entrara a operar el fenómeno de la justicia transicional creada para darle fin negociado al conflicto.

No obstante, valga tener en cuenta los análisis del jurista colombiano Rodrigo Uprimny, donde reitera que, “el perdón total de graves crímenes de guerra y de delitos de lesa humanidad queda en principio excluido” Ante estos casos sólo procedería la concesión de perdones parciales, tales como: la disminución de la sentencia o la concesión de subrogados penales, la cual estaría siempre condicionada a una contribución efectiva del victimario a la verdad, la paz y la reparación, que se concretaría en la confesión plena de los comportamientos respecto de los cuales el victimario pretende el perdón parcial. De todas formas, el cumplimiento de unos mínimos de pena privativa de la libertad sería siempre exigido, en el entendido de que no parece admisible ética, jurídica ni políticamente que los responsables de crímenes atroces puedan recibir una amnistía total, o puedan simplemente reemplazar el castigo con penas alternativas. Una situación como ésta, ya lo vimos, parece dificultar las condiciones de posibilidad de una reconciliación nacional en el largo plazo uprimny, saffon, (2004).

Por otro lado, *Como afirma* (Lopera Morales, 2011):

Colombia es un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la Constitución y las leyes. Ante tales garantías se ha dado lugar a un marco normativo por el cual se dictan disposiciones para la reincorporación de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios, marco conocido como **ley de Justicia y Paz**. (Pág. 6)

De manera que, una vez constituidos los elementos normativos destinados a regular los conflictos surgidos con ocasión a la guerra, la tarea del **derecho penal** de satisfacer los pedidos de justicia **se desvirtúa** ante las lógicas de procesos de paz, en los que los perdones e indultos posibilitan la concesión de amplios beneficios en pro de la paz y no del procesamiento de victimarios (la lógica del derecho penal no obedece a pactos de paz). (Pág. 12)

Por ende, es aquí donde entra a operar el rango constitucional de las normas, en armonía con los principios rectores del derecho penal, en el sentido de que, toda iniciativa legislativa originada en el marco de un conflicto armado, no puede desconocer el espíritu de la constitución, y de que por disímil que sea la situación, siempre se deben caracterizar elementos particulares que la diferencien del resto de sucesos que acontecen al interior de un país.

CONCLUSIONES

- En efecto, no sobra recalcar que, a pesar de que los instrumentos legales, como lo son la ley 975 de 2005 a nivel interno, y demás disposiciones normativas concordantes, en complemento con los tratados internacionales en materia de justicia, como lo son el Convenio de Ginebra y sus protocolos adicionales de 1949, o el estatuto de roma de

1998, es realmente factible que se propaguen pujas jurídico-legales acerca de la efectividad de los mismos, en relación con los acuerdos pactados a nivel interno, sin eludir las competencias investigativas y judiciales de los organismos internacionales.

- El marco jurídico para La Paz, es pues el resultado de una exploración jurídico-universal que pretende agotar con todos los recursos internos la perpetuidad de la guerra tomando en cuenta como precedente fáctico, la pluralidad de sucesos violentos que ha atravesado el país en las últimas décadas, a fin de dar una solución pacífica, negociada, y armónica con la constitución y demás normas reguladoras, al conflicto armado colombiano.
- Si bien, el derecho es una ciencia dinámica, la cual permanece en constante cambio, las reformas recientes en materia penal, obedecen mas a una necesidad procesal, que sustancial, toda vez que a la hora de tramitar las diferentes diligencias en materia penal, ha sido factible la comisión de yerros tanto jurídicos, como facticos, que en la mayoría de casos ha permeado el sistema acusador colombiano, incurriendo en graves violaciones de derechos fundamentales a los reos.

REFERENCIAS

JURISPRUDENCIALES

- ✓ Corte Contitucional Colombiana Sentencia C-479 MP JOSE G HERNANDEZ Y ALEJANDRO M CABALLERO, Demanda de inconstitucionalidad contra artículo 2° de Ley 60 de 1990 y el Decreto Ley 1660 de 1991. (Sala Plena 13 de Agosto de 1992).
- ✓ Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-038 MP Alejandro Martinez Caballero (Corte Constitucional 9 de febrero de 1995).

- ✓ Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-038 MP Alejandro Martinez Caballero (Sala Plena 9 de febrero de 1995).
- ✓ Corte Constitucional Colombiana Sentencia C-273 MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5° (parcial) del Decreto-Ley 2737 de 1989, "Por el cual se expide el Código del Menor" (Sala Plena 28 de abril de 1999).
- ✓ Corte Constitucional colombiana Sentencia C-037 MP VLADIMIRO NARANJO MESA, D-2441 inconstitucionalidad en contra del artículo 240 de la Ley 4ª de 1913 (Sala Plena 26 de enero de 2000).
- ✓ C-591 (M.P Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ 2005).
- ✓ C – 370 (corte constitucional 2006).
- ✓ C-319 (Corte constitucional 2006).
- ✓ Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-151 MP NILSON PINILLA PINILLA., Acción de tutela incoada por el Edificio Ana María P.H. contra el Juzgado 66 Civil Municipal de Bogotá. (Sala Sexta de Revisión 5 de Marzo de 2010).
- ✓ C-366 (corte constitucional 2014).

LITERARIAS

- ✓ BARROSO, L. R. (2012). EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN BRASIL. *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, 25-50.
- ✓ Betancourt, E. L. (2007). *Intraoducción al Derecho Penal*. Mexico: Porrúa.
- ✓ Colombia Congreso de la República. (2000). Ley 599. Bogotá: Diario Oficial.
- ✓ Colombia Presidencia de la Republica Acto Legislativo 01. (2012). *Marco Jurídico para la Paz*. Bogotá: Diario Oficial.
- ✓ Congreso de Colombia . (2012). ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2012.
- ✓ corte constitucional. (2013). sentencia C-579.
- ✓ Flórez, V. d. (2009). La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia. *Pensamiento Americano*, 4.
- ✓ Flórez, V. d. (2009). La constitucionalización del Derecho y su incidencia en Colombia . *Revista Pensamiento Americano* , 65-69.
- ✓ Gómez, J. P. (2009). Los principios rectores y las garantías procesales en el sistema de enjuiciamiento penal colombiano. *Justicia Juris*, 69-83.

- ✓ International Center for Transitional Justice. (2015). *¿Qué es la Justicia Transicional?* Obtenido de <https://www.ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional>
- ✓ Ley 599. (2000). *Código Penal*. Bogotá: Diario Oficial.
- ✓ Mesa de negociaciones Gobierno- FAERC-EP. (2015). *Comunicado conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz*. Habana Cuba.
- ✓ Oficina del Alto comisionado para la paz. (2015). *ABC jurisdicción especial para la paz*.
- ✓ Radio, c. (Compositor). (2015). *Proceso de paz con las FARC*. [J. C. Perez, Intérprete, & D. Arismendi, Dirección] Bogotá, Colombia.
- ✓ Real Academia de la Lengua Española. (s.f.). *DRAE*. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de Característica: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=caracter%C3%ADstica>
- ✓ Rodríguez, L. R. (2000). *Seminario Iberoamericano de Derecho Administrativo. Vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI*. México.
- ✓ Universidad de Cádiz. (s.f.). *OCW Universidad de Cádiz*. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de Tema 5 Los Principios Inspiradores del ius puniendi: <https://ocw.uca.es/mod/book/tool/print/index.php?id=1250>
- ✓ Zaffaroni, E. R. (2009). *Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales; La constitucionalización del derecho penal*. Quito: Ministro de Justicia y Derechos Humanos.
- ✓ Zuluaga, K. A. (2014). *Análisis del fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz. Ambito juridico*.
- ✓ Uprimny y Saffon, 2004, capítulo 7 libro, *ENTRE EL PERDÓN Y EL PAREDÓN. Preguntas y dilemas de la justicia Transicional*, editado por Angelika Rettberg UNIANDES/IDRC http://reseau.crdi.ca/en/ev-83747-201-1-DO_TOPIC.html
- ✓ (Lopera Morales, 2011) *Aproximación a la Justicia Transicional: interrogantes sobre su aplicabilidad en Colombia*- Universidad de Medellín (6,12)